Especialista:
Expediente:
Cuaderno: Principal
Sumilla: Interponemos demanda de amparo

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO CONSTITUCIONAL DE TURNO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:

Mirtha Vásquez Chuquilín, identificada con DNI N.º 26705695; **Rocío Silva Santisteban Manrique**, identificada con DNI N.º 07822730; **Saturnino Espinoza Jimenez**, identificado con DNI N.º 04062927; **Sabino Pezo Tanchiva**, identificado con DNI N.º 05320316; y **Maria del Rosario Narvaez Vargas** identificada con DNI N.º 07594485; **Luis Hilderán Lazo Valdivia**, identificado con DNI N.° 0873779; y **Mario Ríos Barrientos**, con DNI N.º 06002807, todos y todos ciudadanos peruanos; señalando domicilio procesal en la Avenida Pardo y Aliaga N.º 272, San Isidro, provincia de Lima, con casilla electrónica N.º 43220 y casilla CAL N.º 917 en el Poder Judicial, ante usted me presento respetuosamente para decir:

Que, al amparo del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 200.2 de la Constitución Política del Estado y del artículo 37 y siguientes del Código Procesal Constitucional, **interponemos demanda constitucional de amparo contra las empresas InRetail Pharma S.A**. **y Quicorp S.A.** por la celebración de un contrato de compraventa el pasado 26 de enero de 2018, por el cual la primera compró el 100% de las acciones de la segunda, adquiriendo en conjunto, el 83% de participación en el mercado farmacéutico peruano. Ambas empresas, con aquiescencia del Estado peruano, han violado los artículos 61° y 65° de la Constitución, que prohíben la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, así como garantizar el derecho de los consumidores a ser protegidos de las mismas.

Asimismo, tratándose del acceso a la oferta de productos farmacéuticos que inciden en la calidad de vida y salud de las personas, existe una amenaza cierta inminente del derecho a la salud reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución, en su dimensión difusa. También se vulnera el principio de Estado social de Derecho, en cuanto esta situación resulta especialmente lesiva para las poblaciones más vulnerable, como los niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y personas en situación de pobreza y pobreza extrema.

I. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. **Legitimación activa**

Los demandantes son:

1) **Mirtha Vásquez Chuquilín**, congresista de la República, identificada con DNI N.º 26705695;
2) **Rocío Silva Santisteban Manrique**, congresista de la República, identificada con DNI N.º 07822730;
3) **Maria del Rosario Narvaez Vargas,** directora de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), identificada con el DNI N.º 07594485;
4) **Mario Ríos Barriento**s, presidente de la Federación de Cannabis Medicinal e identificado con DNI N.º 06002807.
5) **Saturnino Espinoza Jiménez**, padre de un niño con insuficiencia renal crónica terminal, identificado con DNI N.º 04062927;
6) **Sabino Pezo Tanchiva**, con diabetes avanzado, identificado con DNI N.º 05320316; y
7) **Luis Hilderán Lazo Valdivia**, identificado con DNI N.° 0873779.

Los demandantes son ciudadanos y ciudadanas y miembros de la sociedad civil, que ven amenazados su derecho fundamental a la salud y el derecho del consumidor. Respecto a este último punto, se trata de un derecho y de interés difuso, de relevancia constitucional, que es digno de tutela jurisdiccional.

Los derechos difusos gozan de protección jurisdiccional. Según el artículo 82 del Código Procesal Civil: *"Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor". Añade que "Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello".*

Esta norma debe ser leída en consonancia con el artículo 40 del Código Procesal Constitucional, que precisa: *"puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos*. En tal sentido, los demandantes son titulares de un interés difuso que tiene protección jurisdiccional. El TC se ha pronunciado sobre la legitimidad para obrar de los consumidores en relación al carácter difuso de los intereses de los consumidores:

Los intereses de los consumidores se encuentran dentro de este grupo de intereses difusos. La razón de ello es que los consumidores son un conjunto de personas indeterminadas que se hallan en permanente interacción con otros agentes económicos las empresas proveedoras de productos y servicios- estableciendo relaciones jurídicas y económicas. Esta interacción, desde la postura del consumidor considerado individualmente, merecen una tutela jurídica diferenciada, puesto que las empresas ostentan generalmente una

posición favorable frente a aquellos, tanto en el aspecto económico (mayores capacidades de negociación en la contratación) como en cuanto al manejo de la información sobre los productos ***(de importancia para la salud pública y una adecuada toma de decisión de consumo)****. Por ello, se requiere garantizar la tutela de estos intereses, de modo que la posición desventajosa en que se encuentra el consumidor individual frente a la empresa no se transforme en una circunstancia que desfavorezca o ponga en riesgo el respeto de tales intereses.* (STC N.º 1426-2006-PA/TC f.j 24). (negrita nuestra).

2. **Legitimación pasiva**

Dirigimos la presente demanda contra:

a. **InRetail Pharma S.A.**, representada por su gerente general Juan Carlos Vallejo Blanco; con domicilio en la calle Morelli 139, en el distrito de San Borja y ciudad de Lima, a donde deberá notificársele;

b. **Quicorp S.A.**, representada por su gerente general Rafael Dasso Montero; con domicilio en la avenida República de Panamá N.º 2577; urbanización Santa Catalina, en el distrito de La Victoria y ciudad de Lima, a donde deberá notificársele; y

c. **Ministerio de Salud**, representado por la ministra Víctor Zamora Mesía, con domicilio en la avenida Salaverry 801, en el distrito de Jesús María y ciudad de Lima, debiendo notificarse al señor Luis Celedonio Valdez Pallete, procurador público, con domicilio en la avenida Arequipa N.º 810, en el distrito de Cercado de Lima y ciudad de Lima.

3. **Hecho lesivo**

En el caso concreto, el hecho lesivo es:

- La celebración del contrato de compraventa entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A., el pasado 26 de enero de 2019, por el cual la primera compró el 100% de las acciones de la segunda. Con esta operación, InRetail Pharma S.A. obtiene, aproximadamente, un 83% de participación en el mercado de cadenas farmacéuticas.

4. **Derechos y principios fundamentales afectados**

En el caso concreto, se han vulnerado los siguientes:

a. **Amenaza cierta e inminente del derecho fundamental a la salud,** consagrado en el artículo 7 de la Constitución Política del Estado, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

b. **Vulneración del derecho de protección al consumidor:** reconocido en el artículo 65 de la Constitución Política del Estado.

c. **Vulneración del deber estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos,** consagrado en el artículo 1 y 44 de la Constitución Política del Estado; así como en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

d. **Vulneración del principio constitucional de libre competencia, de la prohibición del abuso de posiciones dominantes, monopólicas y de acaparamiento de manera directa o indirecta por parte de particulares,** consagrado en el artículo 61 de la Constitución Política del Estado.

e. **Vulneración de la obligación de contratar con fines lícitos**, siempre que no contravengan con las leyes del orden público, consagrado en el artículo 2.14 de la Constitución Política.

f. **Vulneración del principio de Estado Social,** consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política del Estado.

g. **Principio de protección de sectores excluidos,** reconocido en el artículo 59 de la Constitución, el cual será interpretado de conformidad con el artículo 2.2 de la Constitución, que reconoce el derecho a la igualdad, y a no ser discriminado por razón económica.

h. **Vulneración del principio de progresividad y no regresividad de los derechos fundamentales:** reconocido en el artículo 26 de la Convención América de Derechos Humanos; artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Petitorio

De conformidad con los artículos 1° y 55° del Código Procesal Constitucional, le solicitamos declarar fundada la presente demanda de amparo y, en consecuencia:

a. Reconocer que InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. han vulnerado el derecho fundamental a la salud, el principio constitucional de libre competencia, la proscripción del abuso de posiciones monopólicas, así como los derechos del consumidor y el principio del Estado social de Derecho, al hacerse de una posición de dominio dentro del mercado farmacéutico.

b. Declarar la nulidad del contrato de compraventa del 26 de enero de 2018 celebrado entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A., por el cual la primera compró el 100% de las acciones de la segunda.

c. Ordenar al Ministerio de Salud, a través de la Dirección General de Medicamentos y Drogas, elaborar un protocolo para la fusión de empresas en la que se establezcan

directrices para evitar el monopolio o posiciones de dominio en la producción de insumos, medicamentos y equipos médicos

II. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA DEMANDA

a. Los hechos y el petitorio de la demanda están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados

El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional sanciona la causal de improcedencia de la demanda si los hechos y el petitorio de la demanda no refieren en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. El contrato celebrado entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A., por el cual el primero adquiere el 83% del mercado farmacéutico, constituye un hecho que genera una amenaza cierta e inminente al contenido constitucionalmente protegido de los derechos a la salud, a la vida y a consumidor, toda vez que incide en el encarecimiento del precio de las medicinas, restringiendo el acceso a la salud de los sectores pobres sin recursos económicos. Así, esta posición dominante resulta incompatible con la prohibición de monopolios o posiciones de dominio, de naturaleza fundamental y constitucional. El petitorio solicitado consistente precisamente en solicitar la nulidad del mencionado contrato que afecta de manera continua y evidente los derechos fundamentales de los demandantes.

b. No existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha desarrollado criterios para el examen de la pertinencia de la vía constitucional, es decir, cuando estamos ante «vías igualmente satisfactorias» en la STC 03070-2013-AA/TC. El artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional es claro, únicamente procede acudir al proceso constitucional de amparo, que es una «vía especial y urgente» para solicitar la protección de derechos fundamentales, si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos (es decir, si no existe una «vía igualmente satisfactoria»).

Para el TC, existen dos posibles perspectivas de análisis para entender cuándo una vía puede ser considerada «igualmente satisfactoria»: 1) *«una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha»* (vía idónea), y otra 2) *«subjetiva, relacionada con el examen de la afectación iusfundamental»* (urgencia iusfundamental).

A juicio del TC desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía idónea puede aludir tanto 1) A la *«estructura del proceso»*, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento «*permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz*» (estructura idónea)[1], 2) a la *«idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria»*, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su

[1] El TC cita las siguientes resoluciones: RTC Exp. N° 00465-2011-AA/TE f. j. 4; STC Exp. NI' 02997-2009-AA/TC, f. j. 5

consideración (tutela idónea)[2]. Añade el TC que este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente. (f.j. 2.4)

Siguiendo al TC, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada idónea en dos casos: 1) si transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar *«irreparable»* la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)[3]; asimismo; 2) si pese a existir un proceso ordinario considerado como «vía igualmente satisfactoria», se evidencia que es necesaria una *«tutela urgentísima»*, atendiendo a la «*relevancia*» del derecho involucrado o la «*gravedad*» del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)[4]. (f.j. 2.5)

En el caso concreto, se pide la protección de numerosos derechos los cuales se vulneran con la contrato celebrado entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. Dentro de la perspectiva objetiva, la estructura idónea para la protección del mandato constitucional de la proscripción del abuso de posiciones monopólicas, el derecho a la salud y el principio de progresividad de los derechos sociales es la vía constitucional, pues esta es lo suficiente célere y eficaz para la protección de estos derechos, ya que los procesos constitucionales son por naturaleza, más rápidos y flexibles que la vía ordinaria, se rigen bajo una lógica tuitiva de derechos. De igual manera, es eficaz, pues la nulidad del contrato entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. restituirá los derechos vulnerados y amenazados, ya que no habrá más abuso de posiciones monopólicas; por ende, el acceso al derecho a la salud no será vulnerado.

Desde la perspectiva subjetiva se observa que existe una urgencia de irreparabilidad, pues los impactos económicos y sociales del abuso de posiciones monopólicas requieren ser atendidos con urgencia. De igual manera, teniendo en cuenta que versa sobre derechos sobre la salud, la gravedad del daño es alta.

Pero además, la procedencia del amparo en casos de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional en la sentencias STC No 01865-2010-AA y STC No 03975-2010-AA. En palabras del TC, (…) *no sólo puede, sino que merece ser objeto de tutela a través de los procesos constitucionales como el amparo incoado, debiendo puntualizarse que por tratarse de un reclamo efectuado por quien ostenta la calidad de usuario, tiene una posición preferente en el ordenamiento, al igual como ocurre con el consumidor* (EXP. N.° 01865-2010-PA. f.j 2). En este sentido, el amparo resulta procedente e idóneo cuando se trate de violaciones al derecho fundamental de los consumidores y usuarios.

Añade el TC, "*en el caso de autos los atributos objeto de reclamo se encuentran directamente vinculados con la protección o defensa del usuario. Dentro de dicho contexto y habiéndose puntualizado en anteriores ocasiones que tales derechos tienen una tutela preferente a nivel constitucional, queda claro que no resulta procedente invocar el argumento de la vía inadecuada,* ***<u>cuando es el amparo, por excelencia, el mecanismo procesal pertinente para</u>***

---

[2] De igual manera, el TC cita la RTC Exp. N° 00906-2009-AA/TC, f j. 9; RTC Exp. N° 01399-2011-AA/TE f. j. 6.
[3] El TC cita la SIC Exp. N° 01387-2009-PA/IC, f. j. 3; RTC Exp. N° 00906-20 9-AA/ C, f. j. 9.
[4] También cita la RTC Exp. NE 09387-2006-AA/TU f. j. 3; STC Exp. N° 00303-2012-AA/TC, f. j. 7.

dilucidar la vulneración de derechos constitucionales de naturaleza económica como el descrito (subrayado nuestro)". (STC No 01865-2010-PA, f.j. 4)

Esta tesis del TC ha sido reiterada en otras sentencias. Según el TC *"este Tribunal debe manifestar su abierta discrepancia, toda vez que, si bien es cierto el artículo 5.2 del Código adjetivo acotado habilita a los jueces para –en el legítimo e independiente ejercicio de de la función jurisdiccional– desestimar liminarmente una demanda, no se ha tenido en cuenta que lo que aquí se cuestiona guarda directa relación con la protección de los derechos de los usuarios, que conforme a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal (Cfr. Expedientes N.os 3315-2004-AA/TC, 1006-2002-AA/TC, 1036-2002-AA/TC, 3298-2004-AA/TC, entre otros tantos), no sólo puede, sino que merece ser objeto de tutela a través de los procesos constitucionales como el amparo incoado, debiendo puntualizarse que, por tratarse de un reclamo efectuado por quien ostenta la calidad de usuario, tiene una posición preferente en el ordenamiento, como ocurre con el consumidor"*. (RSTC No 03975-2010-AA, f.j. 5)

Por todas estas razones es que consideramos que el amparo es la vía idónea para proteger el derecho a la salud de los demandantes.

c. Los agraviados no han recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional

No se ha recurrido a otro proceso judicial para pedir tutela del mandato constitucional de la proscripción de los monopolios ni para la protección de la amenaza al derecho a la salud.

d. La violación de los derechos todavía aún no ha cesado y es reparable

La violación del mandato de la proscripción del abuso de posiciones monopólicas subsiste; existe entonces la posibilidad de ser reparada. El derecho a la salud, amenazado es posible de evitarse su vulneración.

e. El plazo para presentar la demanda

Es importante señalar que nos encontramos frente a una afectación continuada, pues el contrato sigue surtiendo efectos. En consecuencia, no ha empezado el cómputo del plazo previsto para presentar la demanda de amparo, de acuerdo con el artículo 44, inciso 3 del Código Procesal Constitucional, que precisa que «Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución».

f. El juez competente

Presentamos esta demanda ante el juez constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, pues, de conformidad con el artículo 51 del Código Procesal Constitucional, es competente para conocer del proceso de amparo, el juez del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante. Así, el contrato se celebró en Lima, por lo que el derecho se afectó en dicha ciudad. Por lo tanto, el juez de dicho distrito judicial es el competente para resolver el caso.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. El mercado farmacéutico peruano

El mercado farmacéutico tiene características propias y complejas que lo diferencian de las demás industrias. Esto comienza por el consumo del producto que no es siempre *per se* un ejercicio de plena libertad. Existe una asimetría informativa perenne del consumidor. Los medicamentos no siempre pueden comprarse únicamente por el deseo del consumidor, siendo necesaria una prescripción médica que lo autorice. Estos productos farmacéuticos, son denominados «éticos». Por el otro lado, aquellos que sí pueden ser libremente escogidos, son denominados «populares».

Otra distinción relevante, es la de medicamentos genéricos y aquellos de marca. La principal diferencia entre ambos es que en los primeros se utiliza la Denominación Común Internacional (DCI) que las distingue por el principio activo del producto, y no por una marca.

La cadena de producción, distribución y comercialización a nivel mayorista de productos farmacéuticos y afines está conformada por los laboratorios de productos farmacéuticos y las droguerías. Los primeros están dedicados a la fabricación, envasado, fraccionamiento, acondicionado, reacondicionado, control de calidad, almacenamiento o exportación de productos farmacéuticos y leches; mientras que los segundos están dedicadas a la importación, exportación, comercialización, almacenamiento, control de calidad y/o distribución de productos farmacéuticos y afines. Esto conforme al Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Decreto Supremo 014-2011-SA del 27 de julio del 2011.

Ha sido frecuente que las cadenas de farmacias y boticas mantengan relaciones verticales con laboratorios y distribuidoras a fin de poder ofrecer productos de marca propia que se vendan a menores precios que los productos de marcas tradicionales. En el año 2009, Indecopi observó que cadenas importantes tenían relación de propiedad o gestión con laboratorios y distribuidoras[5]. Esto se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 6
Vinculaciones entre laboratorios y cadenas al año 2009



Fuente: Páginas web de las empresas[108]
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

[5] Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI de 12 de octubre de 2016, fj. 260.

Actualmente estas tres cadenas, debido a las operaciones económicas realizadas, se encuentran en propiedad de InRetail Pharma S.A.

El Directorio de Establecimientos de Omega Psi Phi Fraternity (OPPF) señala que, en Lima Metropolitana, el 87.7% son Boticas (8,466); el 7.4% son farmacias (710); y el 4.9% son servicios de farmacias (476)[6]. En el mercado minorista, según Indecopi, el consumidor peruano muestra una alta preferencia por farmacias o boticas privadas al momento de adquirir productos farmacéuticos. El 88% del gasto en compra de medicamentos de los peruanos en el 2009, según ENAHO, fue realizado en farmacias o boticas privadas; solo 5% se realizó en entidades públicas; y el 3% en clínicas privadas[7]. Es decir, existe una compra mayoritaria y preferente por parte del consumidor en farmacias.

Incluso, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid) ha señalado que, en el 2009, el 60% de las ventas de medicamentos se realizaban a las cadenas de farmacias, mientras que el resto, en las independientes[8]. Sin embargo, la Defensoría del Pueblo (en adelante, DEPU) señala que diez veces más puede llegar a costar un medicamento en farmacias privadas frente a las públicas[9]. En este entender, la Defensoría ya anticipa el costo mayoritario de medicamentos en farmacias privadas.

Además, verificó que el 15% de farmacias privadas no contaban con medicamentos esenciales en genérico[10]. No solo no contaban con medicamentos esenciales, sino que, además, la cuarta parte de las farmacias/boticas privadas su personal sugería como primera opción, medicamentos de marca[11]. En el 2015, se encontró que en el 51% de las farmacias y boticas privadas de Lima Metropolitana no se ofertaban versiones genéricas.[12]

2. Antecedentes

En el año 2009 existían 10 cadenas de farmacias de las que el 80% de las ventas, estaban concentradas en cuatro grupos de farmacias[13]. A inicios de 2011, el Grupo Intercorp compró Inkafarma; tres semanas después, BTL fue adquirida por Química Suiza, que es dueña de Mifarma (Grupo Quicorp). En el 2012, Química Suiza compró Boticas Fasa y en 2016, Arcángel. Existe una tendencia clara de concentración en la industria farmacéutica que llega al culmen cuando se acuerda la compra del 100% de las acciones de Quicorp S.A. por parte de InRetail Pharma S.A. por el precio de 583 millones de dólares.

Las prácticas monopólicas son, de igual manera, antecedentes en estas empresas, es así que, en 2012, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), sancionó con 8’984,123.17 soles a cinco cadenas de

---

[6] REDGE (2014). *Disponibilidad de medicamentos genéricos en las farmacias y boticas de Lima metropolitana*. Lima.
[7] Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI de 12 de octubre de 2016, fj. 265.
[8] Enfoque Derecho (2018). *¡Rumbo al monopolio?*
[9] Defensoría del Pueblo (2018). *Reporte Derecho a la Salud.* Año II. N.º 08. p.1.
[10] Ibidem. p.3.
[11] Ibidem, p.8.
[12] Torres, J, C (2015) *Disponibilidad de Medicamentos Genéricos en las Farmacias y Boticas de Lima Metropolitana.* RedGe. Lima.
[13] Astuquipán, C. (2018). *Mercados concentrados ¿hacia dónde apuntar en la regulación?* En: Revista Business. Año XXV. N.º 266. Marzo.

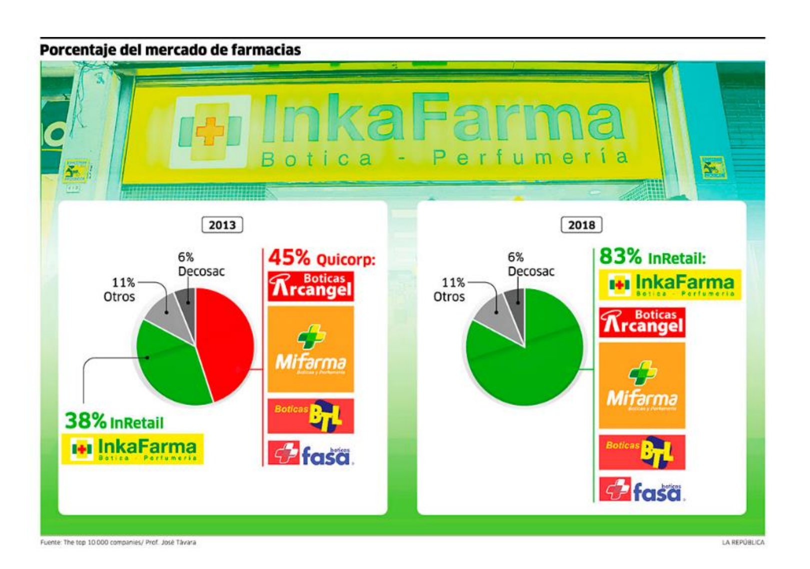
farmacias (Arcángel, Mifarma, Fasa, Felicidad e Inkafarma) por concertar precios de medicamentos entre enero de 2008 y marzo de 2009, contraviniendo el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En 2018, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi, confirma en segunda y última instancia la sanción impuesta. Esto fue apelado y llevado al Poder Judicial, el cual, en primera instancia, el vigésimo quinto juzgado contencioso administrativo de la corte superior de justicia de Lima ratificó la sanción de Indecopi.

3. Celebración del contrato

El 26 de enero de 2018, InRetail Pharma S.A. celebra el contrato de compraventa con Quicorp S.A. adquiriendo el 100% de sus acciones. La transacción se realizó por la suma de $583 millones.

4. Efectos de la compra de InRetail Pharma S.A. a Quicorp S.A.

Existen investigaciones respecto a los impactos del acuerdo entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. El más importante es que el 83% de participación en el mercado de cadenas farmacéuticas pasó a manos de InRetail Pharma S.A. De igual manera tendrá un 95% del mercado de farmacia.[14] Esto se demuestra en el siguiente cuadro:



La situación es aún más grave porque en el mercado minorista de medicamentos (Retail) existe una presencia significativa de las marcas del "grupo InRetail", frente a Deco S.A.C, que es otra empresa del rubro farmacéutico, y otros. Así, las posibilidades de ser ofertadas en más del 50% en cuatro de los seis medicamentos del estudio cuyos titulares son InRetail Pharma, Albis S.A y Química Suiza S.A.C. Además, en dos medicamentos existe una posición preferencial de la oferta. Es decir, se brinda una mayor disposición, a la hora de la

[14] Távara, J. *The top 10000 companies.*

venta, para los productos InRetail, pues en nueve de cada diez establecimientos se ofreció como primera opción un medicamento cuya marca pertenece al grupo InRetail[15].

En los medicamentos del estudio, los precios varían de una marca a otra; sin embargo, se mantiene un precio, en algunos casos, parecido. Ello es más evidente, cuando las marcas, aparentemente diferentes, son del mismo grupo InRetail. Las diferencias más notables se encuentran comparando la marca del precio más alto con el precio del genérico ofrecido en las boticas de la muestra, que puede llegar hasta el 1080% de diferencia entre las dos versiones de medicamentos (Tabla N° 8)[16].

TABLA Nº. 8

Comparación de precios entre la marca más cara y el del genérico ofrecido (en soles)

Medicamento	Precio de Genérico ofrecido (a)	Precio de marca más cara (b)	Diferencia en % ((b-a)/a) x100
Amoxicilina/ac. clavulalmico 500/125, tab	S/. 1.97	S/. 3.51	78 %
Azitromicina 500 mg, tab	S/. 1.99	S/. 12.17	511 %
Ciprofloxacino 500 mg Tab	S/. 0.21	S/. 2.48	1080 %
Fluconazol 150 mg,tab	S/. 0.74	S/. 5.89	695 %
Losartan 50 mg,tab	S/. 0.43	S/. 2.98	593 %
Naproxeno 550 mg.	S/. 0.23	S/. 1.50	552%

(Fuente: Oxfam)

Es así que, la Azitromicina de 500 mg, la tableta que cuesta en genérico 1.99 soles, puede terminar con un costo de 12.77 soles la tableta. Esto es como se observa en el cuadro un 511% más. De la misma forma, es alarmante el caso de la Ciprofloxacino de 500 mg. que en genérico cuesta 21 céntimos la tableta, puede llegar a costar hasta 2.48 la tableta. Esto

TABLA Nº.12

Costos de tratamiento con los diferentes precios de medicamentos

Medicamento	Grupo farmacológico	Tratamiento	Unidades	Tratamiento con el precio estimado del genérico (a)	Tratamiento con medicamento genérico ofertado en boticas de grupo InRetail (b)	Tratamiento con medicamentos de marca ofertado en boticas del grupo InRetail (c)	Diferencia Tto con genérico ofertado vs. Medicamentos de marca InRetail % ((c-b)/b)x100
Azitromicina 500 mg Tab.	Antibiótico	500mg x 3 días	3	S/. 2.216	S/. 5.97	S/. 35.16	488%
Ciprofloxacino clorhidrato 500 mg Tab.	Antibiótico	2 tab x día x 7 días	14	S/. 3.115	S/. 2.94	S/. 42.84	1,357%
Losartan postásico 50 mg Tab.	Hipotensor	1 tab diaria x 30 días	30	S/. 1.448	S/. 12.90	S/. 72.60	462%

[15] Oxfam (2019). *Manipulación en la oferta de medicamentos: Disponibilidad y precios en Lima y Callao.* Lima. p.2.
[16] Ibidem. p.7.

representa un 1080% más. En el caso del ciprofloxacino la diferencia puede llegar hasta 1,375% más con un medicamento de marca comparado con el genérico.

(Fuente: Oxfam)

Actualmente, con la concentración de InRetail, las posibilidades de que ofrezcan un producto y que puedas incidir en el precio, son muy altas como lo demuestra el siguiente cuadro:

TABLA Nº.1

Posibilidades de ofrecer un medicamento de la marca de la cadena

Medicamento	Posibilidades que se ofrezca una marca del grupo InRetail como primera opción ofertada
Amoxicilina/ac. Clavulámico 500/125, Tab.	4 de cada 10 posibilidades
Azitromicina 500 mg, Tab.	7 de cada 10 posibilidades
Ciprofloxacino 500 mg, tab	6 de cada 10 posibilidades
Fluconazol 150 mg,tab	9 de cada 10 posibilidades
Losartan 50 mg, tab	4 de cada 10 posibilidades
Naproxeno 550 mg tab.	9 de cada 10 posibilidades

(Fuente: Oxfam)

Por lo expuesto, es evidente que las cifras son alarmantes y demuestran claramente un abuso de posición monopólica por parte de InRetail Pharma S.A. frente a la ciudadanía que requiere de los medicamentos para tener una salud y vida digna.

5. OCDE y prácticas anti-monopólicas

Respecto a las prácticas monopólicas, también denominadas *"posición de dominio de mercado"*, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) a la cual el Perú pretende ingresar, se ha pronunciado muy claramente. Para la OCDE cualquier *"posición de dominio de mercado"*, definida como el control del 40% o más de un mercado, es contradictoria cola competencia y el libre mercado.

Los argumentos al respecto han sido detalladamente presentados en la *"Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia"* (OCDE 2014).[17] Sobre la base de sólidos argumentos jurídicos y económicos, la OCDE desarrolla acciones sistemáticas de análisis de casos nacionales, identificación de buenas y malas prácticas y de formulación de recomendaciones para los países miembros y los que aspiran a integrarse a dicho club de élite de la economía mundial.[18]

Una de las prácticas de la OCDE es el desarrollo de exámenes interpares con los países que lo soliciten. El año 2004 se realizó uno en el Perú, una de cuyas principales recomendaciones fue que *"la Ley de la Libre Competencia debe enmendarse para proporcionar control de las*

[17] Accesible en https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-es.pdf
[18] La documentación completa de OCDE sobre este tema en: https://www.oecd.org/competition/abuse/

concentraciones" (OECD, 2004, pp. 69-70). El año 2018 se desarrolló un nuevo examen interpares cuyas conclusiones fueron similares: *"La situación de Perú se considera atípica en el plano internacional, donde una abrumadora mayoría de regímenes de defensa de la competencia incluyen mecanismos para evaluar los efectos sobre la competencia de las operaciones de concentración"* (OCDE 2018, p. 135).

En dicho Informe se asumía que en el parlamento peruano estaba en curso un proyecto de reforma al respecto, proceso que quedó trunco: *"En la actualidad, está tramitándose varios proyectos de ley en el Congreso peruano para introducir un sistema de notificación previa a la concentración en todos los sectores de la economía del país. Es fundamental que el régimen de control de concentraciones que apruebe Perú se ajuste a las mejores prácticas internacionales, como las que se establecen en la Recomendación de la OCDE relativa al Examen de Concentraciones de 2005."* (Ibídem, p. 136).[19]

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. El contrato celebrado entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. debe ser interpretado en el marco de las disposiciones constitucionales que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente

El hecho lesivo controvertido en esta demanda es un contrato entre privados, por ello es necesario tener claro, el marco en el que debe ser interpretado el mismo. En efecto, el ejercicio de la libertad contractual no puede ser realizado de espaldas al conjunto de disposiciones constitucionales, que regulan los elementos del modelo económico adoptado por el constituyente. Ellas también brindan un marco de interpretación que no solo vincula, sino que orienta la interpretación del contenido de la libertad contractual. Lo importante de esto es que la actividad económica, no es un espacio ajeno e impermeable al ordenamiento constitucional, sino antes bien, está "constituido" por este.

Efectivamente, se suele apelar al libre juego de la oferta y de la demanda como marco dentro del cual se desarrolla la relación contractual entre los diferentes agentes económicos. Sin embargo, en muchos sectores, se entiende equívocamente que ella obedecería a reglas económicas ajenas y exentas a los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución Política. Como señala Peter Haberle:

> *El mercado, en el Estado Constitucional, es –como toda vida social- estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, y, esto es constituido […] El Estado Constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia…[El mercado] no está dado a priori "naturalmente" pero, por el contrario, ha sido constituido; no es alguna cosa autónoma y separada […] es un*

[19] El Informe del 2018, accesible en: http://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf

> *ámbito social en el cual se concreta el ejercicio de diversos derechos fundamentales mediante el aporte de muchos*[20]. (subrayado nuestro)

En esa misma línea, *el mercado está estrechamente conectado a las cuestiones fundamentales de la convivencia social..., y está subordinado al postulado de la justicia y del bien común, así como a otros sectores propios de una democracia pluralista*[21]. En tal sentido, no debe perderse de perspectiva que

> *el mercado no es la medida de cada cosa y no puede ciertamente convertirse en el principal metro de valoración del hombre. No es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado. En el Estado constitucional, se requiere recordar constantemente la naturaleza instrumental del mercado que emerge de los textos constitucionales*[22].

En definitiva,

> *en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho y de un modelo de economía de mercado, la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad*[23].

La consecuencia práctica entonces es que

> *el Derecho Público y el Derecho Administrativo no debe quedar subordinado a las leyes del mercado, sino regulado; por cuanto, en la década pasado ha existido la ideología que subyace a esta política conservadora que la riqueza privada fundamental no es solo una condición necesaria, sino también suficiente de la prosperidad general definitiva, produciendo al final un "goteo" hacia los pobres sin necesidad de la intervención estatal o de la imposición redistributiva*[24].

El artículo 58 de la Constitución, es claro en reconocer que el modelo económico peruano, se identifica con el de una economía social de mercado;

> *de lo que se deriva que si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social. Por este motivo, en el marco del modelo económico que la Constitución consagra, será necesario integrar la lógica del mercado –de la competitividad y de los intereses individuales- con la satisfacción del interés general y social*[25].

El mercado *no puede resolver, por sí solo, ciertos problemas que aquejan a la sociedad producto de la economía, como son los conflictos sociales que surgen ante la ausencia de*

---

[20] Peter Haberle, Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo, en: Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacifico APEC), Palestra, Lima, 2008, pág. 34.
[21] Ibídem, pág. 36.
[22] Ibídem, pág. 44.
[23] Ibídem, pág. 52.
[24] Ibídem, pág. 52.
[25] Ibídem, pág. 53.

mecanismos que permitan una eficiente distribución y redistribución de la riqueza[26]. Cuando se diviniza al mercado y la libre competencia, como criterios racionalizadores de la vida productiva lo que intencionalmente se olvida, es que el mercado no funcionó sin los correctivos y los apoyos del Estado[27].

La economía social de mercado

> *es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria*[28].

En tal sentido, el rol del Estado, en la economía, se orienta a la protección y el desarrollo no solo de los derechos fundamentales sino económicos, con lo cual quedan proscritas las prácticas económicas abusivas en las que pueden incurrir los agentes del mercado, como es el acaparamiento, las posiciones de dominio y los monopolios, tal como lo establece el artículo 61 de la Constitución. Al mismo tiempo, es importante atender el interés general a fin que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja económica, en base al principio de solidaridad que se colige del modelo de economía social de mercado[29].

Todo este desarrollo debe ser tenido en cuenta al momento de examinar el contenido de este contrato, cuyo contenido deben estar orientado finalmente a un interés público, el cual se sustenta en los derechos fundamentales en general y de manera específica en el derecho a la salud. El concreto, el mercado no es una zona exenta de la fuerza normativa de la Constitucional, ni del control constitucional. El mercado es permeado por la Constitución y los valores, principios y derechos fundamentales que ella contiene.

2. El Grupo InRetail Pharma S.A. al adquirir el 100% de las acciones de Quicorp S.A. ha incurrido en un supuesto de abuso del derecho

Tal como hemos visto, la libertad contractual y la autonomía privada son derechos y principios constitucionales que cuentan con cobertura normativa constitucional y legal. No obstante, estos derechos pueden ser utilizados para violar otros derechos, y en este caso, el derecho a la salud, como luego veremos, lo que constituye en un abuso del derecho. Se entiende el abuso del derecho como un acto *en principio licito, pero que por una laguna especifica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social*[30]. Tal calificación, debe realizarla el juez aplicando los métodos de integración.

[26] Ibídem, pág. 53.
[27] Ibídem, pág. 54.
[28] Ibídem, pág. 57.
[29] Ibídem, pág. 64.
[30] RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. 8ª Ed. Fondo Editorial de la PUCP; Lima, 2001. p.36.

El abuso del derecho ha sido reconocido en la última parte del artículo 103 de la Constitución. Según esta regla, ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, violar, restringir injustificadamente otro derecho fundamental. En efecto, esta figura ocurre cuando se ejercen los derechos fundamentales *en sentido opuesto a su propio destino o contenido*[31]. El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica:

> *el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza-, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma*[32].

La conclusión es evidente, el ejercicio de un derecho, en este caso de la libertad contractual, no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas.

El acto abusivo

> *significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho*[33.]

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tienen los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos[34].

Las tres figuras, abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar. Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una

---

[31] VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. De las obligaciones. Bogotá, Ed. Temis, t. III, 9ª ed, 1998, p. 304.
[32] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 139.
[33] Ibídem, pág. 143.
[34] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta. 2000, pp. 42

conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; y c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario[35].

El TC es claro en sostener que los derechos también vinculan a los particulares, precisando que su violación es un supuesto de abuso del derecho. Para este alto tribunal

> *es inadmisible el abuso del derecho[…]es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano*[36].

Para el TC:

> *(...) para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercuta directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido. Hablar del contenido constitucionalmente protegido de un derecho no significa, desde luego, que todos sus ámbitos puedan ser objeto de tutela judicial constitucional. En el ámbito de los derechos constitucionales de contenido patrimonial es preciso, pues, desmenuzar aquello que está íntimamente ligado al libre desenvolvimiento de la personalidad y aquello de contenido eminentemente económico y, como es obvio, se trata de una tarea que debe analizarse caso por caso*[37].

En el presente caso, si bien en primera instancia estamos ante el ejercicio legítimo de la autonomía de voluntad y de la libertad contractual por parte del Grupo Inretail Pharma S.A. este deviene ilegitimo, cuando a través de éste se viola el contenido el derecho a la salud, y el derecho a la libre competencia y la prohibición de los monopolios y las posiciones de dominio, desconociendo que la libertad contractual tiene límites.

3. El ejercicio de la libertad contractual por el Grupo InRetail Pharma S.A. tiene límites

El ejercicio de la libertad contractual en ejercicio de la autonomía privada es el fundamento jurídico que sustenta el contrato. Urge analizar si efectivamente este derecho ha sido ejercido de acuerdo con el ordenamiento jurídico constitucional. Debemos en primer lugar precisar y diferenciar dos conceptos: libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad contractual está referida a la libertad de configurar el contenido del contrato, es decir a la

---

[35] MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación Económica de los Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 138.
[36] STC 00858-2003-AA, f.j. 21.
[37] STC. N.º 0410-2002-AA/TC, f. j. 8

libertad de las partes a decidir el contenido del contrato, muy por el contrario, la libertad de contratar o de concluir el contrato está referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo[38].

Aparentemente el blindaje de la libertad contractual tiene cierta cobertura constitucional en el artículo 62 de la Constitución, el cual precisa que *la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.* El problema es cuando esta disposición constitucional señala a continuación que *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase*. Pareciera que el contenido del contrato es intangible, por el solo hecho que ha sido firmado por las partes, presumiblemente en forma libre. Asimismo, no podrían ser modificados bajo ninguna circunstancia, con leyes posteriores a la firma de un contrato, es decir, estos contratos serían inmodificables e irrevisables. Como señala Carlos Cárdenas, el mencionado artículo 62

> *incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren, concierne más a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata*[39].

Sin embargo, el artículo 62 de la Constitución, no puede ser interpretado de forma literal y aislada. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con otras disposiciones constitucionales. Tenemos el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, que reconoce que toda persona tiene derecho a *contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.* Asimismo, tenemos el artículo 1354 del Código Civil que prescribe que *las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.* Finalmente, tenemos el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece que *es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.* Si bien en estas normas se hace referencia a "leyes de orden público" o "normas legales de carácter imperativo", es decir, de rango infraconstitucional o legal, una interpretación constitucional "sistemática" de estas disposiciones, exige tomar en cuenta lo establecido en el artículo 51 y 138 de la Constitución, que establecen que las normas legales están subordinadas a las normas constitucionales indefectiblemente, toda vez que el orden legal debe estar sometido al orden constitucional, encontrando en este su límite.

En relación con el contenido constitucional el derecho a la libre contratación

> *se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de*

[38] Carlos Cárdenas Quiróz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, (pp. 258. Un criterio similar es compartido por el TC en la sentencia 2185-2002-AA, f.j. 1 y 2.
[39] Cárdenas, op. cit. pág. 258.

voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público"[40].

No obstante, el TC ha reconocido límites a este derecho, ha precisado que:

> *La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho tal libertad encuentra límites en otros derechos constitucionales y en principios y bienes de relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes. Por el contrario, resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales*[41].

Asimismo, en relación con los límites, el TC precisa que

> *La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco*[42]. (subrayado nuestro)

La consecuencia de ello es evidente, este derecho tiene límites explícitos e implícitos. En razón de ello es:

> *necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público* [43].

---

[40] STC N.º 02736-2004-AA, f.j. 9. Este derecho en consecuencia garantiza *"Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. Así pues, en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica".*
[41] STC N.º 06534-2006-AA, f.j. 6.
[42] Ibídem, f.j. 3.
[43] STC N.º 2670-2002-AA, f.j. 3.

El TC va más allá y señala que dentro de los límites implícitos está los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los pueblos indígenas ciertamente:

> *Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos*[44].

¿Cómo interpretar entonces el artículo 62 de la Constitución cuando señala literalmente que *"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*? Este texto ha merecido fundamentalmente dos interpretaciones doctrinarias, una primera absolutamente incompatible con la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, que sostiene que en ella se ha consagrado *"irrestrictamente la santidad o intangibilidad de los contratos, de tal modo que las relaciones jurídicas patrimoniales en curso de ejecución no pueden ser modificadas por ninguna clase de ley o disposición"*[45]. La otra posible interpretación, ajustada y compatible con la Constitución, es la que sostiene "*la intangibilidad de los contratos de manera restrictiva"*[46]. Para Carlos Cárdenas[47], esta última tesis busca corregir un exceso verbal de la Constitución, atribuyéndole alcances menos amplios de la que resultan de la literalidad de su texto[48].

Para ello se recurre a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, entendiendo

---

[44] Ibídem.
[45] Carlos Cárdenas Quiroz, La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios, Lima, Palestra Editores, 2000, págs. 259.
[46] Ibídem, págs. 259 – 260.
[47] Destacado profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la materia.
[48] Carlos Cárdenas sustenta su interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, en los siguientes argumentos. 1) el legislador no puede renunciar al dictado de normas imperativas o de orden público que afecten las relaciones obligatorias en curso de ejecución; 2) en nuestro ordenamiento jurídico, analizado sistemáticamente, puede establecerse claramente la predominancia de las normas imperativas o de orden público, las que por su naturaleza, excluyen todo pacto en contrario o en sentido distinto, por lo que no tiene justificación que si las normas de esa clase son derogadas, modificadas o suspendidas por otras nuevas del mismo carácter, éstas no ocupen el lugar de aquellas; 3) Si la ley ha atribuido a los particulares el poder de establecer una relación jurídica patrimonial que los vincule, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico, que atribuye carácter obligatorio a los contratos en cuanto se haya expresado en ellos restrinja la amplitud del marco dentro del cual tales particulares puede desenvolverse, afectando las relaciones durante su ejecución; 4) la consagración de la regla de la aplicación inmediata de la ley en los términos del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, más no las de orden supletorio; 5) Admitir que ninguna norma legal, aun cuando tenga carácter imperativo o de orden público, puede afectar una relación obligatoria en curso de ejecución, significará que las normas vigentes al momento de su celebración seguirán rigiendo para esa relación ultractivamente, sin que su suspensión, modificación o derogación resulten eficaces respecto de la relación jurídica patrimonial especifica; 6) Aceptar que una relación obligatoria en curso de ejecución no puede verse afectada por las normas de carácter imperativo o de orden público que se dicten con posterioridad a su establecimiento implicaría que, a nivel de sus efectos, no existiría una diferencia sustancial entre los contratos-ley que vinculen a un particular con el Estado y los contratos celebrados ente particulares. Todos los contratos gozarían, al menos en teoría, de las ventajas que ofrecen los contratos-ley, incluso de manera más amplia. Carlos Cárdenas Quiroz, op. cit., págs. 261-268.

que deben diferenciarse las normas imperativas o de orden público de las normas supletorias, y señalando que al referirse el texto constitucional a las "leyes o disposiciones de cualquier clase", deben considerarse comprendidas en sus alcances sólo las nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o las de orden público y, por consiguiente, éstas son aplicables a las relaciones jurídicas en curso de ejecución[49].

Esto es congruente con el artículo 1355 del Código Civil, que es de aplicación a los contratos ya celebrados, y cuyo texto señala que *la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos*.

En conclusión, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, no son absolutas, antes bien, ellas tienen límites en el marco normativo, tanto en leyes como en el ordenamiento constitucional.

4. Las empresas privadas también están obligadas a respetar la Constitución: La eficacia horizontal de los derechos fundamental y la subordinación del derecho privado a la Constitución y a los derechos fundamentales

Las empresas privadas no están por exentas de cumplir y de respetar la Constitución y los derechos fundamentales. Esta obligación se desprende del artículo 1 de la Constitución, cuando precisa que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad, en la que se encuentran las empresas: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"*. La otra norma que sustenta esta obligación es el artículo 38, que establece que *"Todos los peruanos tienen el deber de […] respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"*.

Esto implica que la interpretación y la aplicación de las normas del Código Civil que regulan los contratos, no pueden realizarse de espaldas a la Constitución Política. Este fenómeno del derecho civil, de sentirse se sentirse por encima del ordenamiento constitucional, es explicado de manera clara por Néstor Sagüés[50]. Las razones que explican la poca consideración de la Constitución pueden ser varias. Tal vez la más significativa sea la visión esencialmente "jusprivatista" del mundo jurídico, que identifica "derecho" con el Derecho Civil. A ello se suma que el Derecho Constitucional se perfila, no obstante, su vocación de supremacía sobre el resto del aparato jurídico, como un derecho débil, a menudo vapuleado por el poder político[51]. Es interesante advertir como varios juristas procuran en cambio mostrar al derecho privado como derecho "mejor", en el sentido edénico de derecho "neutral", "puro", no contaminado políticamente, como sería el caso del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[52].

Lo que está ocurriendo es que en los conflictos entre normas de rango constitucional y de rango legal y/o reglamentario:

[49] Ibídem, pág. 60.
[50] SAGÜÉS, Néstor. "Del juez legal al juez constitucional". En: *Revista Estado Constitucional*, Año 1, Número 1. Lima: abril 2011, p. 26.
[51] Ibídem.
[52] Ibídem.

se tiende a abordar y a razonar jurídicamente con la mentalidad civilista con la que cotidianamente opera. Por una especie de casi insalvable deformación profesional, es normal que […] capte al derecho constitucional con los criterios, los enfoques y hábitos mentales, los valores, la metodología, las soluciones y el discurso propio de la especialidad en la que ha sido formado y con la que convive diariamente, vale decir, el derecho civil[53].

La ausencia de mentalidad constitucionalista en los abogados que aplican las normas sobre concesiones mineras no formados en el Derecho Constitucional, aparte de llevar a visualizar a este último con los ojos de otras disciplinas, ocasiona una interpretación legalista de la Constitución, que solo genera indefensión para los derechos de los pueblos indígenas. Para estos abogados, la Constitución y el Convenio 169 de la OIT son básicamente un fenómeno extranormativo, un "instrumento de gobierno" entendido como una suerte de herramienta para el manejo del poder, no para regular jurídica y cotidianamente la vida de los habitantes[54].

En definitiva:

el derecho positivo subconstitucional no es un derecho independiente de la Constitución, sino dependiente de ella. Un derecho subconstitucional ajeno a la Constitución, o separado de la misma, es, prima facie, un derecho inconstitucional, tal como lo es un derecho violador de la Constitución[55].

5. Criterios para examinar la validez constitucional de contratos y acuerdos

Al momento de resolver diferentes casos el TC a través de su jurisprudencia ha establecido un conjunto de criterios que permiten evaluar la constitucionalidad de los contratos privados, los cuales si bien constituyen ejercicio del derecho de libre contratación y de la autonomía privada puede generar casos de violación a derechos y principios[56]. Uno de ellos es precisamente las cláusulas "manifiestamente irrazonables" o "autorrestricción irrazonable" de derechos constitucionales,

En un caso sugerente del TC se discute si una cláusula de un contrato privado de servicio de facturación individualizada por servicio de agua, celebrado entre una empresa proveedora del servicio de agua y la junta de propietarios de una comunidad de viviendas, afectaba o no el derecho a la vida y a la salud de uno de los propietarios de vivienda que no había incurrido en mora. El demandante sufrió el corte del servicio de agua por la empresa, la cual justificaba tal acto en la mencionada clausula[57]. La cláusula contractual cuestionada, establecía que la empresa prestadora del servicio tenía la facultad de rescindir el contrato y suspender el servicio si el 25% de usuarios adeudaba por más de dos meses. Para el TC se trataba de una

---

53 Ibídem.
54 Ibídem.
55 Ibídem, p. 29.
56 Seguimos acá lo desarrollado por el excelente trabajo de Mijail Mendoza Escalante, Derechos Fundamentales y Derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal, Grijley, Lima, 2009, pág. 104 y siguientes.
57 STC 06534-2006-PA/TC.

cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resultaba incompatible con la propia libertad de contrato[58]. La “irrazonabilidad” de esta cláusula residiría en que la morosidad de algunas personas ocasionaba el corte del servicio del resto de ellas, de modo que el “usuario no moroso” “es perjudicado por incumplimiento del usuario moroso”[59].

Esta última sentencia trabaja otro tema, que es que la referida clausula trae consigo una “irrazonable autorrestricción de derechos fundamentales”[60]. Para el TC, la autorrestricción residiría en la facultad de suspensión del servicio de agua a los usuarios que la cláusula habilita a la empresa proveedora del servicio. El corte del servicio del agua potable constituye una “afectación de intensidad ostensiblemente grave” al derecho a la salud y al derecho a la dignidad[61]. Aun cuando la empresa tiene derecho a cobrar sus acreencias, esto no puede hacerse a costa de un derecho de tanta importancia, más aún el TC demuestra que había otras maneras de obtener lo mismo, sin sacrificar tanto.

En el presente caso, estamos ante un contrato aparentemente legal, pero que deviene inconstitucional, cuando afecta el mandato constitucional de la proscripción de las prácticas monopólicas, el principio de progresividad de los derechos sociales y amenaza de manera cierta e inminente el derecho a la salud, cuando este contrato trae como consecuencia que InRetail Pharma S.A. tiene 83% de participación en el mercado de cadenas farmacéuticas, lo cual le da a esta empresa incidencia significativa en la fijación de los precios.

6. Existe la obligación constitucional del Estado de proteger a los consumidores

a. Sobre el derecho constitucional de protección de los consumidores

Nuestra Constitución reconoce el derecho constitucional de protección de los consumidores en el artículo 65.

> *Artículo 65°. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población*

Para el TC, el artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; a saber: *“a) Establece un principio rector para la actuación del Estado b) Consigna un derecho personal y subjetivo”*. (STC No 3315-2004-AA, f.j. 9).

Añade que *“En el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los*

[58] Ibídem, f.j. 3.
[59] Ibídem, f.j. 4.
[60] Ibídem, f.j. 6.
[61] Mijail Mendoza, op. Cit., pág. 116.

consumidores y usuarios". Agrega *"En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor".* (STC No 3315-2004-AA, f.j. 9).

Asimismo, a juicio del TC en el artículo 65 se pueden encontrar los siguientes principios importantes jurídicos de rango constitucional de suma importancia.

Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:

> ***"a) El principio pro consumidor.*** *Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.*
> ***b) El principio de proscripción del abuso del derecho.*** *Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.*
> ***c) El principio de isonomía real.*** *Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.*
> ***d) El principio restitutio in integrum.*** *Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.*
> ***e) El principio de transparencia.*** *Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los. consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.*
> ***f) El principio de veracidad.*** *Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.*
> ***g) El principio indubio pro consumidor.*** *Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.*
> ***h) El principio pro asociativo.*** *Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses".* (STC No 3315-2004-AA, f.j. 9).

Para el TC, en el artículo 65° de la Constitución aparecen las dos obligaciones estaduales siguientes:

"• Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
• Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios". (STC No 3315-2004-AA, f.j. 9).

b. El Estado tiene la obligación constitucional de intervenir asumiendo un rol tuitivo de los consumidores

Ante esta situación de monopolio de la estructura del mercado farmacéutico por parte del Grupo InRetail Pharma S.A. es necesario preguntarse cuál es la función o el rol que le corresponde desempeñar al Estado, para lo cual recurriremos a la jurisprudencia vinculante del TC. El TC se ha pronunciado sobre el importante rol que debe cumplir el Estado, en la relación generada entre los proveedores y consumidores. Según este, existe un garante en dicha relación: el Estado. Se exige una actuación del Estado que garantice un correcto desenvolvimiento:

"este Colegiado considera que cuando la Constitución se refiere al tratamiento del consumidor y del usuario, lo hace dentro de un contexto de protección o tutela que sólo puede resultar compatible con aquellas fórmulas que permitan garantizarles un trato razonable y adecuado, por parte de quienes los abastecen de productos o les brindan servicios. En el caso de autos queda claro que si bien la empresa demandada es titular en la prestación de un servicio, que además resulta esencial para el bienestar y desenvolvimiento del usuario, el trato a dispensarse no puede reducirse a un simple esquema de relaciones contractuales o económicas, donde lo que importa es el cumplimiento de obligaciones por lo que éstas numéricamente representan. De ser las cosas del modo como lo entiende la demandada, la protección al usuario estaría demás, y poca importancia tendrían organismos supervisores como el OSINERG, cuya legitimidad precisamente se sustenta en el adecuado y efectivo control de la prestación de un servicio como el aquí reseñado. Si a pesar de lo que tal organismo resuelva en torno de un determinado reclamo, la demandada interpreta las cosas a su manera o dentro de su particular punto de vista, ello significaría a que la franquicia que el Estado otorga a una empresa, a los efectos de que brinde un efectivo servicio, se transforme en un pretexto para generar fuentes de abuso que desdibujan por completo el rol tutelar al que se encuentra comprometido por mandato de la Constitución. En tales circunstancias, la única alternativa es la que brinda el proceso constitucional para que, detectada la afectación de un derecho, se proceda a su inmediata restitución". (STC No 1036-2002-AA, f.j. 2) (resaltado nuestro)

En este entender, dentro del trato razonable que debe existir entre los consumidores y los proveedores, el Estado no puede cruzarse de brazos ante la afectación de los derechos de los

usuarios. El abstencionismo del Estado es incompatible con los valores reconocidos por la Constitución. Por ello, el Estado debe vigilar al mercado, de acuerdo a criterios generales:

> *"Tal como ha quedado dicho, el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la "no regulación", es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y ae la solidaridad un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.* (negrita nuestra) (STC N.º 0008-2003-PI, f.j. 42) (resaltado nuestro)

Se reconoce que es el Estado quién debe intervenir en la supervisión de las acciones en la economía. Incluso es más específico, pues el TC señala que el desarrollo del proveedor no debe olvidar la finalidad de beneficiar al consumidor tanto en la calidad como el costo razonable.

> *"Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios".* (STC N.º 0008-2003-PI, f.j. 43)

c. El Estado tiene la obligación constitucional de proteger a la parte más débil que son los consumidores

Pero no solo el Estado tiene la obligación de intervenir en defensa de los intereses de los consumidores, teniendo en cuenta que la parte débil son los consumidores. En efecto, el TC ha desarrollado una jurisprudencia donde ha insistido en el deber especial de protección de los usuarios y consumidores, cuando se abusa de una posición de dominio sobre los consumidores. Dicha regla deviene en aplicable toda vez que existe la afectación de derechos constitucionales especialmente en el derecho al consumidor.

Este es el caso por ejemplo de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0858-2003-AA, sobre el caso de la renta mínima. Resulta pertinente recordar lo señalado por el propio TC cuando precisa que:

> *"los derechos fundamentales también vinculan las relaciones entre privados, de manera que quienes están llamados a resolver controversias que en el seno de esas relaciones se pudieran presentar, han de resolver aquéllas a través de las normas*

jurídicas que regulan este tipo de relaciones entre privados, pero sin olvidar que los derechos fundamentales no son bienes de libre disposición, y tampoco se encuentran ausentes de las normas que regulan esas relaciones inter privados". (STC N.º 0976-2001-AA/TC.)

Los derechos fundamentales no solo se irradian a las relaciones de las personas con el Estado, sino a las relaciones horizontales entre los particulares. No se puede perder de vista que,

"tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada". (STC Nº00858-2003-AA/TC, f.j. 21).

En nuestro caso, estamos ante una corporación (El Grupo InRetail Pharma S.A.) que tiene mucho poder económico y político, a diferencia del poder de los consumidores que está fragmentado y resulta débil. En esa línea, el español Pedro de Vega llama la atención sobre la existencia de poderes facticos los cuales termina imponiéndose sobre grupos aislados, afectando en última instancia el principio de igualdad. Según este,

La aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y dominium, con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado, determina [...] un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica libertad-poder [...] En sociedades estructuradas, a las que los individuos se acogen voluntariamente, será el poder de esos grupos y corporaciones el que acabe siempre prevaleciendo sobre los ciudadanos aisladamente considerados. Las relaciones formales de igualdad entre los particulares se transforman entonces en relaciones de preeminencia en las que los grupos hacen valer su dominium en una doble perspectiva. Desde el punto de vista interno, el principio de igualdad ante la ley quedará definitivamente conculcado, en la medida en que las disposiciones sancionatorias establecidas por los grupos contra las conductas de los sujetos aislados que se inserten en ellos, inevitablemente prevalezcan sobre la ley. Por otro lado, desde el punto de vista de la actuación externa, la supremacía de unos grupos sobre otros y, en todo caso, sobre los individuos aisladamente considerados, se traducirá en la imposición de condiciones que los más débiles forzosamente deberán aceptar[62].

Ante esta situación de asimetría de poder, entre estas corporaciones y los consumidores en forma individual que ejercemos nuestro derecho a la salud, el Estado no puede ponerse de costado, tiene que intervenir en atención al principio de *"Isonomía real"*. Como señala el TC

[62] Pedro de Vega, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales", en AA.VV. Derechos fundamentales y Estado, UNAM, México 2002, págs. 694-695.

en relación con el Estado social y democrático de derecho abrazado por la Constitución de 1993, distinto del Estado liberal de Derecho,

> *"en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana".* (STC N.º 00042-2004-AI/TC f.j. 1.)

A juicio del TC esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales. Según este:

> *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales". (STC Nº00858-2003-AA/TC, f.j. 22).*

En este caso el deber especial de protección de los derechos de los consumidores se traduce en una obligación de protección frente a la empresa, que quieren recortar o amenazar los derechos constitucionales. Se precisa una labor *garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales*[63].

En el presente caso, del contenido del artículo 65 de la Constitución se desprende un mandato al gobierno de proteger a los consumidores, los cuales ven seria y gravemente amenazados su derecho a la salud, por los elevados precios de los medicamentos, como consecuencia de la posición dominante que Inretail tiene en el mercado de farmacias. Del propio artículo 65 se deprende una norma adscrita de proteger la salud cuando esta norma constitucional precisa que el Estado "*vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".* Esta protección se concretaría dejando en la nulidad este contrato, de tal manera que se cautele los legítimos intereses de los consumidores que no es otro que el acceso a las medicinas, es decir el acceso a la salud.

d. Razones constitucionales para exigir al Estado una especial protección del derecho a la salud de todos los peruanos

a. El "deber especial de protección" de los derechos fundamentales

De conformidad con los artículos 1 y 44 de la Constitución Política, la razón de ser del Estado es la protección de los derechos fundamentales de las personas. El fin supremo no es el Estado sino dignidad humana de la persona. En efecto, el fundamento normativo de este deber de protección especial se halla constitucionalizado siendo su cobertura normativa los artículos 1 y 44 de la Constitución. El primero señala que *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; y, el artículo 44 de*

[63] Ibídem.

la Norma Suprema, según el cual "Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [subrayado agregado].

En palabras del TC, existe un *deber especial de protección de los derechos fundamentales*[64]. Como dice este, esta se sustenta en la *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*[65]. Esta comporta

> *una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales*[66].

b. La obligación del Estado de remover obstáculos que impiden la vigencia de los derechos constitucionales

El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación del Estado de "adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Esta norma establece en consecuencia la obligación del Estado de remover los obstáculos legales y fácticos que impiden el ejercicio de los derechos humanos.

e. La prohibición de los monopolios, el acaparamiento y las posiciones de dominio contenida en el artículo 61 de la Constitución no necesitan desarrollo normativo para surtir efectos jurídicos: El principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución

Se ha señalado que la compra realizada por InRetail Pharma S.A. es legal, pues no hay ninguna norma que le prohíba concretar y monopolizar el mercado farmacéutico en el Perú. En tal sentido se ha dicho que la transacción comercial de InRetail Pharma S.A. es legal. Sin embargo, esta tesis olvida que las normas constitucionales son derecho interno y de aplicación inmediata.

> *Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la li2mite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la*

---

[64] STC Exp. N.º 0858-2003-AA/TC, "debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un "deber especial de protección". (título 4 y f.j. 5 y 7)

[65] STC Exp. N.º 0976-2001-AA/TC, f.j. 5.

[66] STC Exp. N.º 0858-2003-AA/TC, f.j. 7.

televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Pero, además, si un analiza el artículo 61 de la Constitución, advertirá que esta disposición tiene una configuración suficiente para desplegar efectos normativos, en consonancia con el principio de normatividad y la aplicación inmediata de la Constitución.

Debe insistirse en este punto, pues a menudo algunos operadores del derecho a nivel regional y local le asignan a la Constitución una naturaleza programática y política, en detrimento de su fuerza normativa[67]. Siguiendo a García de Enterría debemos de señalar que l*o primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo*[68]. La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a este solo cumpliese desarrollar –tesis tradicional del "carácter programático" de la Constitución--; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales y no solo al Tribunal Constitucional[69].

El carácter normativo o fuerza vinculante directa[70] está recogida en los artículos 38 y 45 de la Constitución. Según estas normas, todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, y quienes lo ejercen (el poder) lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Sin embargo, se puede objetar que no todas las disposiciones de la Constitución tienen vigencia inmediata, pudiendo señalarse que muchas normas requieren una norma de desarrollo legislativo para entrar en vigencia. Es el caso de aquellos órganos que requieren una ley orgánica para concretar su funcionamiento, pues en ella se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

Si la Constitución es una verdadera norma jurídica, y además no cualquiera si no una de carácter fundamental, es necesario atribuirles un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitación al poder político no se vea desacreditada. Como señala Castillo Córdova, tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales[71]. Agrega Castillo que:

lo contrario, supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría

---

[67] Como bien señala, la tradición de nuestro derecho constitucional "conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría solo principios "programáticos", indicaciones que solo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos", Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 3ra edición, Madrid, 1985, pág. 39.
[68] Ibídem, pág. 63.
[69] Ibídem, pág. 64.
[70] El concepto de fuerza vinculante directa de la Constitución viene de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia. Puede ser consultada en Luis López Guerra, Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.
[71] Luis Castillo Córdova, Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general, Palestra, Lima 2007, pág. 200.

> *supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano Legislativo, ya de la Administración pública*[72].

Y es que *una norma de tales caracteres (norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico) no puede depender en su eficacia de ninguna otra. Es por eso que es de aplicación inmediata*[73]. Si esto es así en relación con las normas constitucionales en general, con mucha mayor razón, las normas que reconocen derechos son de aplicación inmediata. Como señala Castillo, debido al importante papel que juegan como límites al poder y, por tanto, como obligaciones estatales:

> *exige además que los derechos humanos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado (…) que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia*[74].

Agrega este autor que:

> *La regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse para cuando se trata de normas sobre derechos que por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad puedan desplegar y toda su virtualidad normativa*[75].

Lo contrario significaría que la vigencia de la Constitución estaría supeditada a la voluntad –si es que no a la paciencia y al temperamento- del legislador, lo cual es un absurdo, pues el poder constituido (Congreso) estaría por encima que el poder constituyente (la Constitución Política), lo cual no es posible en el Estado Constitucional de Derecho, pues contradice los dos elementos antes referidos. Esto ha sido recogido por el propio TC en el principio de fuerza normativa de la Constitución, según el cual

> *La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto*[76].

No se trata de una interpretación aislada y forzada, un caso similar tuvo que resolver el Tribunal Constitucional Español en sus primeros años de funcionamiento, donde tuvo que definir la fuerza normativa del derecho constitucional a la objeción de conciencia, a pesar que no estaba desarrollado legislativamente. Esta sentencia es considerada una de las

---

[72] Ibídem.
[73] Ibídem, pág. 201.
[74] Luis Prieto Sanchis, El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española, ADH 2, Universidad Complutense, Instituto de derechos Humanos, Madrid, marzo de 1983, pág. 382. Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.
[75] Citado por Luis Castillo Córdova, op. cit., pág. 201.
[76] STC Exp. N.º 05854-2005-AA/TC, f.j. 13. Ver también STC Exp. N.º 0976-2001-AA/TC, f.j. 5 y STC Exp. N.º 1124-2001-AA/TC, f.j. 6.

principales sentencias del TC Español, y es relevante revisarla pues se pronuncia sobre el tema que nos interesa: la fuerza vinculante directa de la Constitución. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/82, 23 de abril sobre objeción de conciencia[77].

> *De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos […] y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental […] prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, […] no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata*[78].

Luego agrega que:

> *Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido […] pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo […] de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella*[79].

f. El TC ha establecido que los derechos constitucionales no necesitan una ley para desplegar su fuerza normativa

En el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el pueblo awajun contra los decretos legislativos inconsultos, a propósito de la implementación del TLC con USA, el Gobierno sostuvo en su defensa que el derecho a la consulta de rango constitucional no era exigible pues ni había sido desarrollado normativamente. El Tc respondió en una sentencia normativa de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional que:

> *De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.° 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación domestica que la desarrolle. Al respecto, este planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que*

[77] Esta tesis puede ser consultada en Luis López Guerra, Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 79 y sgts.
[78] Ibídem, pág. 85.
[79] Ibídem pág. 86.

se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta. (00022-2009-PI, f.j. 11)

Añadió que, "no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derecho fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.* Mientras que el segundo indica que; *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*. Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada. (00022-2009-PI, f.j. 12)

Queda claro entonces, que la fuerza normativa de los derechos constitucionales, esos que se encuentra en la parte "dogmática" de la Constitución, no está condicionada a la intermediación legislativa, pues eso supondría que el poder constituyente está sometido al poder constituido, que es el Congreso.

g. El Grupo InRetail Pharma S.A. ha violado el derecho a la libre competencia, el abuso de posiciones dominantes, monopólicas y de acaparamiento de manera directa o indirecta por parte de particulares (art. 61 de la Constitución Política del Estado)

Se ha cuestionado la aplicación del artículo 61 de la Constitución que este no ha sido desarrollado normativamente. Frente a esto debemos se señalar que dicha cláusula constitucional contiene una configuración mínima suficiente para desplegar sus efectos normativos. La Constitución es sumamente clara, en el artículo 61° se señala que:

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la

televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Si bien la propia Constitución no establece un *quantum*, es evidente que el 83% de la participación en el mercado farmacéutico constituye un virtual monopolio, una posición de acaparamiento y evidentemente implica una posición de dominio. Si bien es cierto la parte demandada podrá alegar que el contrato celebrado entre InRetail Pharma S.A. y Quicorp S.A. se rige bajo sus estatutos particulares donde se establece su autonomía, esto está lejos de darse en la práctica de manera real y efectiva. Las asociaciones en el ámbito privado se rigen bajo intereses similares. El problema que podría darse, es que una relación entre particulares puede afectar al resto de ciudadanos, como consecuencia del acaparamiento desmedido y la concentración de productos farmacéuticos. Sin embargo, esto ya no es impedimento en un Estado Constitucional de Derecho para que el propio Estado disponga medidas garantistas.

La libre competencia no solo puede ser invocada cuando se ha producido una afectación, sino también cuando es evidente una amenaza. Al poseer un solo grupo económico el 83% de participación en el mercado farmacéutico a nivel nacional, se perjudica claramente a los grupos minoritarios ya que el grupo mayoritario podrá establecer condiciones de exclusividad para los anunciantes o ciertas preferencias en perjuicio de los grupos minoritarios.

h. El contenido constitucional protegido del derecho a la salud

El artículo 7 de la Constitución Política del Estado establece *que [t]todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad*. Asimismo, la Constitución Política establece en sus artículos 9 y 65 que el Estado, a través del Poder Ejecutivo, debe, en el marco de una política de salud eficiente facilitar *"a todo el acceso equitativo a los servicios de salud"* y que el Estado "*vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población*", respectivamente.

Adviértase que el Tribunal Constitucional incluye este en la categoría de derecho fundamental:

Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye "condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo" (art. I, Título Preliminar de la Ley N.º 26842, General de Salud). Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de

> *afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta*[80]*. (Subrayado nuestro)*

En ese sentido, es obligación del Estado la realización de todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, así como otros grupos poblacionales vulnerables.

Tres son las obligaciones del Estado: prevenir, conservar y atender las situaciones de grave afectación a la salud. En el caso concreto el Estado, pese a tener conocimiento no ha prevenido ni conservado ni atendido los impactos al derecho a la salud que genera la concentración del mercado farmacéutico que tiene InRetail Pharma S.A.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende

> *la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido*[81]*.*

Añade el Tribunal

> *[d]e ello se desprende que, la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras*[82]*.*

i. La doble dimensión de los derechos fundamentales y la vulneración sistemática de la dimensión objetiva del derecho a la salud en el caso concreto

[80] STC No 1429-2009-HC/TC, fundamento 14.
[81]STC N.º 2945-2003-AA/TC, f.j. 28
[82]STC N.º 2945-2003-AA/TC

Sustentamos jurídicamente nuestra demanda en atención al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que reconoce como finalidad esencial de los procesos constitucionales la protección de los derechos y la d*imensión objetiva* de los derechos fundamentales, según la cual, independientemente de lo que aleguen las afectados, el Estado tiene la obligación de proteger sus derechos, toda vez que

> *[l]a protección de los derechos fundamentales no solo es de interés para el titular de ese derecho [tutela subjetiva], sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional*[83].

Los derechos fundamentales representan en su dimensión objetiva principios objetivos del ordenamiento jurídico y de la sociedad y, por otra parte, constituyen manifestación concreta del principio de dignidad humana de la persona. Es decir, el derecho fundamental a la salud, como todo derecho fundamental tienen una doble dimensión, es decir, no solo implica el derecho subjetivo de reclamar y exigir judicialmente su cumplimiento objetivo, sino también implica la obligación de todo funcionario público y, en especial de todo magistrado, del deber jurídico de su respeto y observancia material.
Estamos ante el deber jurídico constitucional de proporcionar una atención de salud, cuyo cumplimiento en ningún caso y bajo ninguna circunstancia puede estar supeditado –y menos condicionado– a la exigibilidad por parte del titular del derecho fundamental, a pesar de que en el caso concreto existe una amenaza cierta e inminente.

En efecto, no solo existe el derecho fundamental de las personas a la salud, sino también existe el deber jurídico y constitucional de los jueces, y del propio Estado, de garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho. El fundamento de esto tiene que ver con la naturaleza de los derechos fundamentales y con la teoría institucional[84], abrazada por el TC en su jurisprudencia. Esta precisa, que tanto los derechos fundamentales como los procesos constitucionales poseen un doble carácter y una doble dimensión que se corresponde mutuamente. En relación con los derechos fundamentales, debemos decir que son derechos subjetivos líquidos y concretos, de otro lado, los derechos fundamentales son –al mismo tiempo– instituciones objetivas, es decir, un conjunto de valores que informan todo el ordenamiento jurídico[85].

La cobertura constitucional la doble dimensión de los derechos fundamentales la encontramos en la propia Constitución. Así, la dimensión subjetiva está recogida en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 2 y en los derechos procesales del artículo 139. En todos estos casos, lo que se reconoce son derechos exigibles por los particulares. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales la encontramos en los artículos 1, 44, 45

---

[83] STC Exp. N° 00023-2005-AI, f.j. 11

[84] Landa Arroyo, César (2006). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, p. 124

[85] Según Giovanni Priori, el derecho fundamental a la tutela judicial *tiene una doble naturaleza, pues por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garantía del individuo; y por el otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado Constitucional.* Ver en: Priori, Giovanni, *La tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso* en Revista Ius et Veritas, editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Año XIII, N.º 26, p. 282

y 51 de nuestra Carta Política, los que señalan respectivamente que «[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»,

> *[s]on deberes primordiales del Estado: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos», «[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen» y «[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal.*

Esta teoría *institucional* recogida por la jurisprudencia del TC es doblemente relevante en el caso del derecho a la salud[86]. Primero, pues significa que este derecho tiene una doble dimensión, una subjetiva, cuya titularidad recae sobre los demandantes, ciudadanos del distrito de San Jerónimo quienes actualmente soportan condiciones indignas de vida, y que les asigna la facultad de reclamar y exigir el cumplimiento la vigencia de su derecho.
Por otro lado, posee una dimensión objetiva, que implica el deber del juez de ordenar la atención de la salud de la población afectada. Sin embargo, la responsabilidad del Estado no se agota en el rol del juez, sino que alcanza a organismos de alcance nacional, regional y local (artículo 118.9 de la Constitución), así como al TC.

j. El derecho a la salud en los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos[87]

El derecho humano a la salud ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Según la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud es *un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades*[88]. **Asimismo, la OMS señala que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de toda persona, sin ningún tipo de distinciones.**

Además, como ocurre con los demás derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados, es este caso al peruano, obligaciones de respeto, referidas a la no intervención en el disfrute del derecho a la salud, de protección, referidas a la adopción de medidas para impedir

---

[86] El origen de esta teoría se encuentra en la doctrina alemana y su autor es Peter Haberle. Para él, los derechos fundamentales tienen un doble carácter: el aspecto de derecho individual y el aspecto institucional. Presentan un aspecto de derecho individual pues son los derechos de la persona, cuyos titulares son los individuos. De otro lado, caracterizados por un aspecto institucional, ellos representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad. Ver: Haberle, Peter (1987), *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 163 y 164; En esa misma línea, para el actual presidente del Tribunal Constitucional los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: *como derechos subjetivos de la persona y como fundamento valorativo del orden institucional. De modo que los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos. Ahora bien, es, precisamente mediante la actuación estatal, aunque también de los particulares, que los derechos pueden se0r desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido, ya sea por acción o por omisión*. Ver: Landa Arroyo, César (2006). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México: Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, p. 125
[87] Rocío Villanueva Flores (no publicado). *El derecho a la salud mental como un derecho fundamental de carácter social*, p. 8
[88] Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada el 22 de julio de 1946 por la Conferencia Institucional de Salud.

que terceros interfieran en el disfrute del derecho a la salud y de cumplimiento, referidas a la adopción de medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud[89].

Acto seguido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[90] consagró en su artículo 12º inciso 1) el derecho de toda persona al *disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

Es pertinente revisar la interpretación que realiza el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N.º 14. Pero antes, es necesario revisar la fuerza vinculante que nuestro ordenamiento jurídico le asigna a estos instrumentos. Tenemos en primer lugar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que precisa que «[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

Interpretando esta cláusula constitucional el TC ha señalado que:

> *[t]al interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región[91].*

Es especialmente relevante debido a su condición de órgano competente para interpretar el citado pacto. Dicho comité internacional entiende el derecho a la salud como un «derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente»[92].

Asimismo, el Comité señala que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y que depende de esos derechos, en particular los derechos a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la vivienda, al trabajo, a la alimentación, a la dignidad humana, entre otros. Todos ellos configuran los *componentes integrales del derecho a la salud*[93].

Es necesario insistir en un punto relevante para esta demanda. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al consagrar el derecho *al más alto nivel posible de salud física y mental*, reconoce como precisa la Defensoría del Pueblo «que existe un

---

[89] Organización Mundial de la Salud (2013). Nota descriptiva N° 323: *El derecho a la salud*. Disponible en http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/

[90] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.

[91] STC Exp. N.º 00217-2002-HC, f.j.2. y 00218-2002-HC, f.j. 2. En la sentencia contenida en el expediente N.º 018-1996-AI, f.j. 2, el TC hace referencia al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

[92] Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N.º 14, aprobada en el 22º período de sesiones (2000), párr. 1

[93] Ibid., párrafo 3.

conjunto de factores que pueden facilitar o limitar el ejercicio del derecho a la salud, los cuales se encuentran determinados por los avances científicos, los factores sociales, las restricciones de los recursos públicos, entre otros».

El Pacto también establece en el artículo 12º la obligación de los Estados de adoptar ciertas medidas orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. Entre ellas, podemos destacar la indicada en el literal d) inciso 2) del citado artículo, referida a la obligación de crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Al respecto, el Comité interpreta que la asistencia y los servicios médicos deben brindarse ya sea que se trate de una enfermedad física o mental. Asimismo, considera que el cumplimiento de la referida disposición incluye, entre otros aspectos, acceso igual y oportuno a servicios de salud básicos, suministro de medicamentos esenciales y tratamiento[94].

Pero el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas va más allá, precisa que el derecho a la salud dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

> *a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la [Organización Mundial de la Salud]*
> *b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:*
> *i) No discriminación: los establecimientos,* ***bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población****, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos*
> *ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.*

---

[94] Ibid., párrafo 17

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate". (Resaltado nuestro)

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[95] establece en su artículo XI que *toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos*[96].

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla los mecanismos de protección de los derechos humanos en la región. Si bien la Convención Americana no hace referencia específica al derecho a la salud, su artículo 26º, al establecer que los Estados parte se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos, protege de manera indirecta el derecho a la salud[97].

Al respecto, el artículo 34º literales i) y l) de la Carta de la OEA establece que los Estados convienen en dedicar sus esfuerzos a la consecución de la «defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica», así

---

[95] Aprobada en 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana.

[96] Debe señalarse que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dictaminado que, si bien este instrumento internacional ha sido adoptado como declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Ver: Organización de los Estados Americanos (2006). *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Washington D.C., p. 6

[97] El artículo 26° de la Convención Americana, denominado *desarrollo progresivo,* señala que *los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

como de «condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna». Estas disposiciones se hacen exigibles a través del artículo 26º de la Convención.

Finalmente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Protocolo de San Salvador*[98], define en su artículo número 10: el derecho a la salud como «[e]l disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social». Además de ello, en el inciso 2 de del artículo 10 se compromete a los Estados parte a reconocer la salud como un bien público y a adoptar una serie de medidas para garantizar este derecho. Asimismo: :

> *Artículo 2.-*
> *[…]*
> *2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*
> - ***a.*** *la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
> - ***b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;***
> - ***c.*** *la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
> - ***d.*** *la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
> - ***e.*** *la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*
> - **f.** ***la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que***
> ***por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.***

k. La progresividad de los derechos sociales y la exigibilidad inmediata del derecho a la salud establecida por el Tribunal Constitucional

De otro lado, la sentencia recaída en el Exp. N.º 3081-2007-PA/TC aborda el tema de la progresividad y de la exigibilidad de los derechos sociales, que también había sido analizado en el caso de Azanca Meza[99]. En aquella oportunidad, el Tribunal sostuvo que el principio de progresividad, recogido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución Política:

> *no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas*[100]

[98] Ratificado por el Estado peruano el 4 de junio de 1995. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.
[99] STC N° 2945-2003-PA/TC, f.j. 33
[100] Ibídem, f.j. 36

Se trata de una obligación perentoria a ser cumplida en plazos razonables y acompañados de acciones concretas[101].

En relación con la exigibilidad de los derechos sociales, en la STC N° 3081-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional, repitiendo casi textualmente lo que hubo señalado en el caso de Azanca Meza, establece que ella depende de tres factores[102]:

> *a) la gravedad y razonabilidad del caso; b) su vinculación con otros derechos fundamentales; y c) la disponibilidad presupuestal. Pero tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, se reconoce la estrecha relación vinculación entre la vida y la salud, a tal punto que las carencias presupuestales no pueden ser un obstáculo ni un argumento válido para negarle a una persona las prestaciones de salud, de tal manera que se ponga en riesgo su derecho a la vida*[103].

La diferencia entre las STC N° 2945-2003-AA y la N° 303081-2007-PA en materia de exigibilidad radica en el tercer factor, pues en la primera sentencia el Tribunal añadió a la *disponibilidad presupuestal* la siguiente oración*: siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales*[104]. Acertadamente el Tribunal ha eliminado esa oración, pues ella más bien reforzaba la idea de que los derechos sociales son derechos programáticos y contradecía lo afirmado por el máximo intérprete de la Constitución, en el sentido de que, si bien los derechos sociales dependen de la disponibilidad de recursos públicos, de ninguna manera se justifica la inacción prolongada ya que ellos devendrían en una omisión constitucional[105].

En cambio, en la sentencia N° 3081-2007-PA/TC, el Tribunal insiste en establecer como requisito de la exigibilidad del derecho a la salud, *su vinculación con otros derechos fundamentales*. Sin embargo, quizá sería suficiente requerir además del requisito presupuestal *debidamente interpretado*, que se trata de un caso grave, sobre todo si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son interdependientes, y que el máximo intérprete de la Constitución ha señalado en jurisprudencia previa que: a) la salud es un derecho indiscutible; y b) la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida es irresoluble[106].

Así, a la luz de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional que han sido mencionados, resulta evidente la gravedad de las amenazas al derecho a la salud de los afectados por parte de la concentración monopólica del mercado farmacéutico de InRetail

[101] Ibídem, f.j. 37
[102] En el caso Azanca Meza el TC señaló que la *exigencia* es el derecho de requerir al Estado que adopte las medidas adecuadas para el logro de los fines sociales. Por su parte cabe recordar la Observación General N° 3 del Comité DESC, que establece que entre las medidas que cabe considerar apropiadas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, que puedan considerarse justiciables (párrafo 5). La Observación General No 9 del Comité DESC, establece que la existencia de recursos judiciales para los DESC es también fundamental, y que una posición contraria no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto DESC (párrafo 10).
[103] STC N° 3081-2007-PA, f.j. 23
[104] STC N° 2945-2003-PA, f.j. 33
[105] Ibídem, f.j. 49
[106] STC No 1956-2004-AA, f.j. 8.

Pharma S.A. En este sentido, la nulidad del contrato es posible de ser exigible por la amenaza del derecho a la salud frente a una concentración del mercado

l. La nulidad del contrato de compraventa de InRetail Pharma S.A. concreta la cláusula del Estado social y el principio de favorecimiento de sectores excluidos

En la sentencia recaída en el expediente N.º 0008-2003-AA, el TC afirmó que, del análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Constitución, se desprende que el Estado peruano presenta las características básicas del Estado **social y democrático**[107]. Ello significa que asume los fundamentos del Estado liberal, pero *además le imprime funciones de carácter social*[108] , pues *la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio*[109].

En tal sentido, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2945-2003-AA, el TC sostuvo que esas condiciones mínimas buscan garantizar la igualdad de oportunidades para neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad humana personal[110]. Siguiendo a Rocío Villanueva Flores, la *«[c]onsecución de este fin, justifica la intervención del Estado»*. Añade Villanueva que sea *«necesaria la exigencia de derechos sociales, pues a través de ellos el individuo también puede lograr su propia autodeterminación»*[111].

En esta sentencia, además, el TC define a **los derechos sociales, como es el derecho a la salud**, como *facultades tuitivas*, destinadas a favorecer a aquellos grupos humanos que se encuentran en una situación depreciada en su estándar de vida, no acorde con la dignidad humana[112]. No obstante, como bien lo recuerda Villanueva Flores, no nos referimos a meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos[113]. De allí que se derivan obligaciones para el Estado.

Posteriormente, en la sentencia recaída en el expediente N.º 1956-2004-AA, el TC, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, el TC afirmó que se había superado el clásico

[107] STC Exp. N.° 0008-2003-AA, f.j. 10
[108]Ibídem, f.j. 12
[109]Ibídem, f.j. 12
[110] El TC ha señalado que la dignidad humana es el presupuesto de todos los derechos humanos (STC Exp. N.º 0008-2003-AI, f.j. 1). También ha precisado que la dignidad humana supone el respeto de la persona humana como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado, e irradia tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos sociales y económicos (STC Exp. N.º 2945-2003-AA, f.j. 17 y 19). Pero, además, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la dignidad humana protege i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vital y de determinarse según las características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir libre de humillaciones). Véase la sentenC-355/06, fundamento 8.1.
[111] STC Exp. N.º 2945-2003-PA, f.j. 10
[112] Ibídem, f.j. 10. Según Robert Alexy*, los derechos a prestaciones en sentido estricto, son derechos del individuo frente al Estado a algo que si –el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una ofertad suficiente – podría obtenerlo de los particulares*. Ver: Alexy, Robert (2001). *Derechos sociales fundamentales* en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero, Rodolfo Vásquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, p. 69
[113]STC Exp. N.º 2945-2003- PA, f.j. 11

esquema liberal *«[p]ara dar paso a una visión en la que junto a la libertad y sus garantías se fomenten con igual intensidad otros valores como la igualdad y la solidaridad»*[114].

En consideración de lo expuesto, frente a la concentración monopólica del mercado farmacéutico de InRetail Pharma S.A., es necesario preguntarse cuál es la función o el rol que corresponde desempeñar al Estado al respecto. Frente al contexto de asimetría de poder entre estas grandes corporaciones farmacéuticas y los consumidores en forma individual, el Estado no puede ponerse de costado. Como señala el Tribunal Constitucional en relación con el Estado social y democrático de Derecho, abrazado por la Constitución de 1993 y distinto del Estado liberal de Derecho, *"en la medida que las Constituciones de los Estados liberales presuponían una sociedad integrada, en abstracto, por personas iguales y, por lo tanto, su mayor preocupación fue asegurar la libertad de las personas. Por el contrario, el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho parte, no de una visión ideal, sino de una perspectiva social de la persona humana*[115]*".*

En tal sentido, a juicio del Tribunal Constitucional, esta situación plantea dos exigencias y obligaciones jurídicas muy concretas: restaurar el equilibrio entre las partes y proteger los derechos fundamentales. Según este *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales*[116]*".*
En el presente caso, el deber especial de protección de los derechos de las comunidades se traduce en una obligación de protección frente a la empresa que pretende imponer precios astronómicos, sobre la base de su posición de dominio y de control del mercado, amenazando de una manera cierta e inminente el derecho a la vida de todos los ciudadanos, especialmente los de bajo recursos económicos. Se precisa entonces de una labor *"garantista de los mismos órganos estatales frente a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales*[117]*".*

Como sabemos, el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, reconocido en el artículo 43 de la Constitución Política, implica reconocer dos cosas. En primer lugar, que si bien a nivel jurídico somos iguales en dignidad y en derecho, social, política y económicamente existen profundas brechas y desigualdades, muchas de las cuales comprometen seriamente la dignidad de sectores sociales que se encuentran en situación de pobreza y de pobreza extrema, en este sentido, para nadie es un secreto que los pueblos indígenas se encuentran en situación de pobreza o pobreza extrema, muchas veces como consecuencia de la destrucción de sus entornos, de la invasión de sus territorios y de la imposición de modelos de desarrollo ajenos a los suyos. En segundo lugar, que el Estado social de Derecho no puede quedarse cruzado de brazos, sino que debe adoptar medidas concretas para asegurar y garantizar el goce en sus derechos de la población con mayores niveles de vulnerabilidad.

---

[114] STC Exp. N.° 1956.2004-AA, f.j. 4
[115] Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00042-2004-AI/TC FJ 1.
[116] Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00858-2003-AA/TC, FJ 22.
[117] Ibídem.

La falta de acceso a las medicinas por parte de sectores pobres, como consecuencia de la subida de precios de medicinas como consecuencia de su posición de dominio, hacen necesario que el Estado adopte un conjunto de acciones positivas orientadas a la protección de la población usuaria de medicinas. Esta obligación de atención alcanza su expresión jurídica en el artículo 59 de la Constitución, que entre otras cosas, reconoce el principio de protección del Estado a favor de la población que sufre cualquier tipo de desigualdad.

Así, el artículo 59 de la Constitución señala que: *"El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad"*. Si bien este principio está pensado en relación con el régimen económico de la Constitución, una interpretación sistemática y constitucional de esta norma, basada en el principio *pro homine* que consagra el artículo 1 de la Constitución, nos lleva a la conclusión de que no este no se encuentra restringido a la materia económica, sino que debe interpretársele y, del mismo modo, aplicarlo también a otras materias constitucionales, entre ella, sobre los derechos de los usuarios.

En el presente caso, resulta evidente que la concentración monopólica del mercado farmacéutico de InRetail Pharma S.A., no contribuye en absoluto a concretar el principio de superación de desigualdad, en la medida en que afecta el goce de derechos de los usuarios. Así, tanto la cláusula del Estado social como el principio de favorecimiento de sectores excluidos exigen al Estado adoptar medidas concretas que permitan el acceso a medicinas de sectores pobres de la población.

Conclusión:

El contrato mediante el cual el Grupo InRetail Pharma S.A. adquiere el 83% de la participación del mercado farmacéutico a nivel nacional, constituye una violación flagrante al artículo 61 de la Constitución, pues la nueva realidad surgida fruto de la compra del 100% de las acciones de Quicorp S.A. constituye sin lugar a dudas una situación de acaparamiento, refuerza una posición de dominio, y en los hechos crea un poderoso monopolio del Grupo InRetail Pharma S.A. intolerable desde la perspectiva constitucional. Además, constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a la salud contemplado en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú.

La amenaza al derecho a la salud se debe interpretar en concordancia con el principio de progresividad de los derechos sociales reconocido 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto, en base a que la inacción del Estado frente a la concentración del mercado farmacéutico por parte de InRetail Pharma S.A. significa un retroceso para el acceso a los medicamentos vitales en tanto generan barreras económicas que afectan especialmente a poblaciones vulnerables.

V. ANEXOS:

Anexo 1-A: Copia legible del DNI de todas las personas demandantes.

Anexo 1-B: Copia de la ficha registral de la personería jurídica y del mandato vigente de la junta directiva de Aprodeh, que acredita la representación de **Maria del Rosario Narvaez Vargas** identificada con DNI N.º 07594485.

Anexo 1-C: Copia de la ficha registral de la personería jurídica y del mandato vigente de la junta directiva de la Federación de Cannabis Medicinal, que acredita la representación de **Mario Ríos Barrientos** como presidente, identificado con DNI N.º 06002807.

Anexo 1-D: Documento de información anual del 2018 del Grupo InRetail- Perú Corp. Reconoce la compra del 100% de las acciones por parte **InRetail Pharma S.A**. hacia la empresa **Quicorp S.A.** Link: https://www.bvl.com.pe/hhii/OE5087/20190315093601/DIA322018324532INRETAIL.PDF

Anexo 1-E: Copia del artículo sobre *Manipulación en la oferta de medicamentos - Disponibilidad y precios en Lima y Callao de OXFAM.* Link: https://peru.oxfam.org/latest/policy-paper/manipulaci%C3%B3n-en-la-oferta-de-medicamentos-disponibilidad-y-precios-en-lima-y

Anexo 1-F: Copia del artículo *Disponibilidad de medicamentos genéricos en las farmacias y boticas de Lima metropolitana*. Lima: REDGE (2014). Link: https://www.redge.org.pe/sites/default/files/20150413%20Folleto%20Medicamentos%20Gen%C3%A9ricos%20en%20Lima%20Metropolitana.pdf

Anexo 1-G: Expediente 008-2010/CLC. Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI de fecha 12 de octubre de 2016. Link: https://www.google.com/search?rlz=1C1AVFC_enPE827PE827&ei=rLrpXu2dHou95OUPptWQ0Ac&q=Resoluci%C3%B3n+078-2016%2FCLC-INDECOPI&oq=Resoluci%C3%B3n+078-2016%2FCLC-INDECOPI&gs_lcp=CgZwc3ktYWIQA1DwugdYlL8HYNDEB2gBcAB4AIABmwKIAbcFkgEFMC4zLjGYAQCgAQGqAQdnd3Mtd2l6&sclient=psy-ab&ved=0ahUKEwjto6rlnojqAhWLHrkGHaYqBHoQ4dUDCAw&uact=5

V.I MEDIOS PROBATORIOS

Ofrecemos, en calidad de medios probatorios, los documentos contenidos en los anexos **1-D, 1-E, 1-F y 1-G.**

POR TANTO:

Le solicitamos, señor juez, que se sirva a admitir a trámite la presente demanda, tramitarla de acuerdo a su naturaleza y en su debida oportunidad declararla fundada.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 80 y 74 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, otorgamos facultades generales de representación a los señores abogados que autorizan el presente escrito de postulación de la demanda: **Juan Carlos Ruiz Molleda**, con registro CAL N° 28423 y correo jruiz@idl.org.pe ; **Maritza Quispe Mamani**, con registro CAC N° 2242 y correo mquispe@idl.org.pe ; **Rocío Meza Suárez**, con registro CAL N° 28423 y correo rmeza@idl.org.pe , del **Instituto de Defensa Legal** (IDL); y **Mario Rios Barrientos** abogado, con registro CAL, N.º 24993 y con correo marioriosbarrientos@gmail.com.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, designamos a **Luis Álvaro Másquez Salvador**, identificado con DNI N° 72398517 y a **Víctor Sebastián Delgado Céspedes**, identificado con DNI N° 74059680, a efectos de que, en nuestra representación, puedan recoger cualquier tipo de documentación, tales como oficios, partes, copias certificadas, anexos desglosados y toda otra producida o presentada durante el proceso judicial, así como pueda revisar el expediente del caso.

TERCER OTROSÍ DECIMOS:

Que, por mejor convenir al ejercicio de nuestro derecho a la defensa, señalamos nuestro **domicilio procesal**, constituido por la Casilla de Notificaciones Electrónica N.° 43220 del Poder Judicial del Perú (casilla electrónica) y la Casilla de Notificaciones N.° 917 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (casilla postal), así como el inmueble ubicado en la avenida Felipe Pardo y Aliaga N° 220, distrito de San Isidro y ciudad de Lima. Por tanto, solicitamos se nos notifique allí con los actuados en el presente proceso.

Lima, 18 de junio de 2020

Juan Carlos Ruiz Molleda
Abogado
Registro C.A.L. N.° 28423

Maritza Quispe Mamani
Abogada
Registro C.A.C. N.° 2242

Rocío Meza Suarez
Abogada
Registro C.A.L, N.° 28423

Luis Lazo Valdivia
DNI N.° 0873779

Mirtha Vásquez Chuquilín
DNI N.º 26705695

Rocío Silva Santisteban Manrique
DNI N.º 07822730

Maria del Rosario Narvaez Vargas
DNI N.º 07594485

Mario Ríos Barrientos
DNI N.º 06002807

Saturnino Espinoza Jiménez
Presidente

Saturnino Espinoza Jiménez
DNI N.º 04062927

Sabino Pezo Tanchiva
DNI N.º 05320316